

中国的劳务派遣： 从诉讼档案出发的研究(之二)

■ 黄宗智

[内容提要] 本文根据2013年到2016年新疆维吾尔自治区以及同时期上海市的劳务派遣案件,来探讨劳务派遣司法实践和理论在此期间中的变与不变。文章论证,在使用“劳务派遣”中介公司作为摆脱对劳动者的义务的“护身符”方面,国有企业的行为和(笔者上一篇文章使用的)2012年全国的案件所展示的基本一致,新呈现的是接踵而来的事业单位和规模化私营企业采用同样的手段来裁员和雇员。新案件也显示,在这个大趋势下法院正在加紧其对劳务派遣公司的管理,特别是提供社保和支付单方解除劳动合同的经济补偿等方面。但同时,劳务派遣公司也正在采用一些相应的对策,如只签订短期的合同,以及在多家不同的劳务派遣公司间轮换。但总体来说,在划分用人单位与用工单位的理论所建构的“黑洞”之下,管理行为,尤其是在加班与未休年休假工资、“同工同酬”,以及用工单位辞退工人等方面,仍然基本不受法律约束,亟须改革。

[关键词] 用人单位 VS. 用工单位 法理和司法实践中的黑洞 劳务派遣公司的社保义务 解除合同经济补偿 劳务派遣公司的对策

一、研究的问题、进路与资料

本文是拙作《中国的劳务派遣:从诉讼档案出发的研究(之一)》(黄宗智,2017b)的后续研究。上一篇文章^①根据2012年全国涉及劳务派遣的劳动争议案件来勾勒2007年新《劳动合同法》颁布之后所涌现的劳务派遣的基本面貌;本文的目的在于进一步探讨2013年起施行的《劳动合同

法(2012年修订)》、人力资源与社会保障部2014年起施行的《劳务派遣暂行规定》,以及最高人民法院的几个司法解释,特别是2013年的《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(四)》(以下简称《解释(四)》)等实施之后的司法实践,重点分析2013年以来的案件中呈现的变与不变。

这里应该再次说明本文所采用的研究方法:

黄宗智:中国人民大学法学院、美国加利福尼亚大学洛杉矶校区历史系(Philip C. C. Huang, Renmin University of China Law School; Department of History, University of California, Los Angeles)

劳务派遣法律有的条文含糊不清、复杂矛盾,不能仅凭法律条文来分析,必须要从司法实践出发来澄清其实际运作,而后据此来说明劳务派遣的演变趋势、其理论与实践层面上的矛盾,凭此来说明其实际含义。本文同时试图探讨一些上一篇文章没有关注的问题,特别是涉及少数民族的案件以及二审推翻一审的案件。同时,进一步检视上一篇文章所突出的法理与司法实践中呈现的“黑洞”问题,即在分割开了签订合同单位与实际管理单位之后,很难约束滥用工人的管理行为,因为签订合同的是不从事实际管理的中介公司,不可能对其负责,而实际管理单位被赋予了劳务派遣中介公司的“护身符”之后,也同样不必对其负责。

上一篇文章的经验证据主要来自中国裁判文书网收录的(劳务派遣案件数量刚开始快速上升的)2012年全国基层法院判决的涉及劳务派遣的劳动争议案件,总共是59起,其中2起是重复的,进入我们实际讨论的共有57起。2012年之后,案件数量大规模扩升。本文的经验依据是2016年年底搜索出的2013年到2016年来自新疆维吾尔自治区和上海市的涉及劳务派遣的劳动争议案件,不仅包括基层法院判决的案件,也包括中级法院判决的案件。之所以选择新疆和上海是因为两者在一定程度上代表了中国的两端——一个仍然较多依赖行政管理和国有企业,一个市场经济和私营企业发展程度较高。同时,新疆较多涉及少数民族劳动者的案件,在劳动关系(“阶级”)问题之上,还涉及少数民族(公民权利和“认同政治”等问题)。在以上限定的范围之内,新疆共有168起案件。其中,33起的原告或被告是少数民族人士(主要是维吾尔族),其中2起是重复的,进入我们具体讨论的是31起。至于上海,以上限定的范围之内共有433起案件,其中344起是基层法院判决的案件,89起是中级法院

判决的案件。因数量较大,本文采取抽样的办法,从前者每15起中抽样1起,得22起,从后者每10起中抽样1起,得8起,总共30起(其中2起是重复的),具体讨论的是28起。以此为依据来进行两地的对比。本文使用的案件都在附录A和附录B按照讨论先后次序列出。

应该再次说明,笔者认为现阶段劳务派遣工的系统研究仍然处于初始阶段,需要结合质性与量性分析,如果单一地从事质性(单一案件或法律文本)分析或量性分析,很容易会忽视要点,甚至犯严重脱离实际的错误。因此,本文采用的方法仍以质性案件分析为主(因此把案件限制于可以操作的数量),但也带有一定的量性维度,当然,由于抽样较少,只可能是比较粗略的。

本文研究的案件可以分为四大类。第一类是国企和事业单位与其员工的争议。新案件材料在涉及国企的案件中所显示的法律运作和上一篇文章基本一致,即国企凭借劳务派遣法律的“护身符”,把自身改为新法律所认定的“用工单位”而不再是“用人单位”,凭此解除自身与其众多员工间的法定“劳动关系”,把其转给劳务派遣公司。作为法律新建构的“用工单位”,它们和员工之间只具有“劳务关系”,主要是用于“临时性、辅助性或替代性”的工人,在法律上只须对其负十分有限的义务,一如笔者在上一篇文章中详细论证的那样。

笔者上一篇文章的案件主要是大型国企的例子,没有事业单位的例子。新的2013年—2016年的案件则有一定比例的事业单位,它们基本上都在模仿国企使用劳务派遣中介公司而“改制”和“甩包袱”。同时,可以看到,有的国企和事业单位正在新法律的黑洞中无拘束地滥用派遣工人。在中国劳务派遣工大规模兴起的近几年中,关乎劳务派遣法律的司法实践在这方面基本一仍其旧。

第二类是私企与其员工间的争议。此类新案件说明的是,私企(多是具有相当规模的,包括中外合资企业)正在模仿之前的大型国企的行为,即“灵活用工”的大趋势。其手段主要是凭借劳务派遣公司的“护身符”来裁员和雇员,摆脱旧劳动法律规定的义务,借此来减低其劳动成本。

第三类是劳务派遣公司作为新型的所谓“用人单位”(虽然并非实际管理单位)跟与其签订合同的员工间的争议。在笔者上一篇文章分析的2012年的案件中我们已经看到,在司法实践中,法院依据合同理论,特别重视劳务派遣公司是否履行了具体的合同条款以及是否违反合同法规。在那些方面,法院一般比较严格要求劳务派遣公司负责,如不付或拖欠工资、不与劳动者协商而单方解除合同、未负工伤责任义务、未依法签订合同等。但同时我们也看到,工人维权要面对重重障碍,如法院在2012年的案例中,基本上拒绝审理关乎社会保险的争执,僵硬地适用必须在一年之内提出仲裁申请的规定(如果超出诉讼时效,法院会拒绝受理),严格要求形式化的“证据”而不接纳(农村惯用的)口头协议、欠条或通过中人达成的非合同式协议等。同时,法院在实际运作中基本上否定法定的“同工同酬”规则,质疑其具体含义:其所指的仅是同类工作还是不仅同类而且又是同等的个人工作效率和贡献?对劳动者来说,最困难的是争得加班工资、未休年假工资、用工单位单方解除合同的经济补偿(按连续工作年限计算,每年补偿一个月的工资,最多12年)等处于法律黑洞中的权利。我们的案件显示,在这个黑洞中,劳动者基本上仍然无法争得法律的保护。

但是,即便如此,也有一些新的现象。在新疆的劳务派遣公司与工人的最大一组(13起)案件中,原企业在关闭其一个石矿场前没有预先把工人“合法地”转为“劳务关系”的派遣工,而试图

把公司此部分和其员工一举让劳务派遣公司来接管。在审理中,法院基本遵照2013年《解释(四)》第5条,判决一个接管了原公司的劳务派遣公司必须承担原公司的法定义务。最高法院的具体而又恰当的解释乃是此组案件判决的关键,起到了重要的作用。在另一起案例中,一家企业同样没有事先解除其与工人间的劳动关系(把其“合法地”转入劳务派遣公司而把关系改为劳务关系),法院同样判决,该企业(单方)解除合同的经济补偿金义务应由接管的劳务派遣公司来承担。

另外,从2012年的案件我们看到,法院基本上都拒绝受理社保方面的争议(那是承继世纪之交的“抓大放小”方针时的国家政策),但在2013年—2016年的案件中,法院则已经基本遵照了最高法院2010年的解释(《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三)》,2010:第1条)(以下简称《解释(三)》),认真审理这方面的争议。此点在下文最后一类的案件(主要是二审案件)中特别明显。但是,法院仍然拒绝进入关于具体社保条件的争议,把自身限定于只审理是否应该为劳动者缴纳社保费用的原则性问题,对因“分流”“改制”而被转入低标准社保的工人帮助不大。

总体来说,国家政策和法律的用意无疑是要逐步让劳务派遣公司(如今被法律定位为与其签订合同的员工的法定“用人单位”)对“其”员工肩负更多的义务和责任。这是国家和法律允许国企和事业单位以及(成规模的)私企“甩包袱”和“灵活用工”这一战略决策下的一种缓冲政策,尽可能让小规模、对国家经济大局来说不那么重要的劳务派遣公司来承担更多对劳动者的义务。

但即便如此,作为仅仅是签订合同的中介而不是实际的管理单位,劳务派遣公司无论在理论上还是在实际运作层面上,对劳动者的保护都不

可能达到与旧劳动法规同等的程度。我们看到,在众多要求加班工资的案件中,没有一起是劳动者胜诉的,而在未休年休假工资的争议中,只有一起是劳动者胜诉的。同时,实际的管理单位作为用工单位,其实拥有更大的权力来辞退劳动者,却无须再负单方解除劳动合同经济补偿金的义务。此外,我们还将看到,有的劳务派遣公司(与相关企业一起)还采用了一些有效策略来应对国家加强对劳务派遣公司应负责任的管辖意图,凭借使用多家劳务派遣公司或每年转换一家劳务派遣公司,每次只签订一年合同,来使其可能要承担的义务最小化,把解除劳动合同经济补偿金限于一年以下,按照法律规定(在同一合同下,每工作一年补偿一个月的工资,最多12年),最多只是补偿劳动者一个月的工资。

最后一类案件是二审案件(其中1起是二审后向新疆高级法院的再审申请),总共14起,上海8起,新疆6起(其中1起不涉及实质性裁判,只是管辖权争议)。此两组案件所显示的关键不同是,前者清一色地维持了原判(2起所谓的改判实际上只不过是金额计算方面的微小改动,而不是原则性的改动),而新疆方面的(实质性)二审的5起中则有4起显示了实质性的裁判,有追求调和争议双方或三方(企业、劳务派遣公司和员工)的裁判,也有多少照顾到劳动者处境的“实质主义”判决,更有超越简单的诉讼时效的判决,而不是仅仅依赖法律字面意义和规定的“形式主义”审判。他们展示的是一种纠正目前趋势的可资更广泛使用的方法。

两组案件如此突出的不同,也许会使我们猜测,在少数民族地区,法院,特别是中级法院的二审,在照顾到国家偏向企业的“甩包袱”和“灵活用工”经济战略政策的同时,也照顾到民族关系的维护,尽可能缓和源自劳务派遣政策和法规的劳动者与企业/劳务派遣公司间的矛盾。从我

们所掌握的经验证据来看,这有可能是国家“维稳”战略政策的一个重要部分,但不能一概而论,因为我们也有二审僵硬维持形式主义化的原判的例子。最符合实际的概括也许是,通过劳务派遣法律来协助国企和大型私企减轻其对员工的责任固然是大势所趋,但我们也看到一些相反的倾向,呈现出一个错综复杂的局面。虽然如此,无可置疑的是劳务派遣法律实施的主要效果是企事业单位的“减负”以及大多数派遣工人没有或少有法律保护和社会保险。

二、国企、事业单位与其员工

在新疆2013年—2016年期间涉及国企和事业单位与其少数民族员工的7起案件中,有4起是国企的,3起是事业单位的。与我们2012年来自全国的所有基层法院案件相比,2013年—2016年新疆的案件组合与其基本相似,也说明国企是率先使用劳务派遣来“甩包袱”的。上海在此期间不同,在我们的抽样案例中没有率先使用派遣工的国企的案件,但有6起是接踵而来的事业单位的案件。下面我们分别讨论新疆和上海的案件。

(一)新疆的大型国企

1. 国网新疆电力公司巩留县供电公司

首先是3起(大型国企)国家电网公司下属的新疆巩留县供电公司(以下简称“巩留公司”)与三名工人间的争议。原告卡斯木·买斯木从2000年起在该公司当抄表员。2007年,公司指使他签了“解除劳动关系协议书”,并与伊犁伊劳人力资源派遣有限责任公司签订合同,藉此把其与公司的关系置于劳务关系而非劳动关系之下。2011年4月巩留公司对其停发工资。卡斯木于2016年才申请仲裁,要求公司为其补缴2000年到2004年的养老保险金和医疗保险金,以及解除合同的

经济补偿金(工作10年,即10个月的工资)。法院判决,原告与巩留公司间的劳动关系已于2007年“自愿”解除(因为他签了名),之后与公司只是用工关系,即劳务关系而非劳动关系。而且原告申请仲裁“已过诉讼时效”,据此驳回卡斯木的要求(案件A-1)。

其他两起案件案情基本相同。努来力·亚尔买买提1997年入职巩留公司,工作了13年,同样于2007年被公司指使签了解除劳动关系协议书。2010年10月,公司对其停发工资。努来力同样于2016年2月18日才申请仲裁(明显是因为事后方才认识到自身的可能权利,决定申请仲裁,随后起诉),要求公司补缴1997年至2005年期间9年的养老和医疗保险金。公司声称努来力是“自愿”签了解除劳动关系协议书,而其申请仲裁“已过诉讼时效”。法院判决,公司的行为合法,驳回努来力的诉讼请求(案件A-2)。

原告热孜万古丽·阿布都吉力(女)同样从2002年到2013年在巩留公司工作了12年。公司于2013年1月停止对其发放工资。原告要求公司补缴最近3年的养老和医疗保险金,并支付解除劳动合同经济补偿金(12个月的工资)。公司同样辩称,原告乃“自愿”于2007年签了解除劳动关系协议书,之后与公司只是用工关系,而且,其申请早已超过诉讼时效。据此,法院驳回原告请求(案件A-3)。

以上三个案例说明的是,和我们在上一篇文章中详细论证的事实基本一致,即国企凭借劳务派遣的“护身符”而“合法”摆脱其对长期劳动者的法定义务。这样,三位劳动者分别在为公司工作了10年、9年和12年之后,都没有得到任何法律规定的补偿而被辞退。

2. 中建西部建设公司

另一起案件是名列《财富》杂志“世界500强”的中建西部建设股份有限公司(一家建筑材料公

司,以下简称“中建公司”)与其一名特种搅拌车工人的劳动争议。原告肉斯旦木江·买买提与中建公司在2008年签订了两年的劳动合同,然后在2010年被指使与西兴邦劳务派遣有限责任公司签订两年合同,派遣到原公司工作,工作至2012年。但中建公司于2011年7月1日又再次与肉斯旦木江签订了劳动合同。2014年3月28日,原告向中建公司提交了“辞职报告”(其实是要求公司让其适当照顾母亲)。31日,公司给原告出具了“解除合同证明书”。原告因此要求解除合同经济补偿金3万元(工作6年,每月工资平均5000元),补缴2008年至2014年的社保费,双休日工资、加班工资、法定节假日工资,以及待岗期间(2014年5月至2015年4月)的生活费。

法院认定,原告在签订了劳务派遣合同之后,之前的劳动关系便即作废(成了劳务关系)。同时,之后的仲裁已超时效。而原告曾于2014年3月28日“以照顾母亲为由”向公司提交了“辞职报告”,因此,乃是自愿辞职,据此,驳回原告要求解除合同经济补偿金的请求。至于原告的节假日工资要求,法院指出,原告每年冬天休假120天,而且,中建公司已经“进行了综合计算工时工作制的审批”,“原告全年上班时间并未超过法律规定的2000小时”,据此驳回。至于原告的加班工资要求,法院认为原告未向法院提交证据,亦驳回。对原告提出的所有要求,法院只支持补缴社保费,但指出,不支持其补缴2014年4月至2015年4月期间社保费的要求,因为其与公司的关系已于2014年3月28日(因自愿辞职而)解除。在支持公司补缴其之前社保的这一点上,此判决与上一篇文章讨论的2012年来自全国的案件颇为不同,说明法院已经比较认真地执行最高法院2010年关于此点的《解释(三)》。但在其他方面则基本一致(案件A-4)。

这里,我们第一次看到国企采用在劳动关系

与(派遣)劳务关系之间轮换的策略,以减低企业在劳动争议中所可能要承担的补偿金额。此点我们将在下面进一步讨论。

(二)新疆的事业单位

与上一篇文章讨论的2012年的案例不同,本文有相对多的涉及事业单位与其员工间劳动争议的案件,在新疆的案件中有3起(上海的有6起)。

塔依尔·依坦木(1962年生)从1989年开始便一直在吐鲁番市文物管理局工作,并从1990年开始在其管理的阿斯塔那古墓群工作。2010年,文物管理局让其与惠民劳务派遣有限责任公司(以下简称“惠民公司”)签订合同。原告诉称,是在其不知情的情况下把其劳动关系转移到劳务派遣公司。后又从惠民公司转移到吐鲁番地区诚信劳务派遣有限责任公司。2015年6月1日,塔依尔申请仲裁,而后起诉。但法院认为,其与文物管理局的劳动关系已于2010年解除,原告于2015年才申请仲裁,已经超过一年的诉讼时效,据此,支持仲裁委的裁决,驳回原告的要求(案件A-5)。塔依尔不服,申请再审,但被拒绝。我们可以看到,此位五十出头的工人根本就不能理解自己怎么会在长期于同一单位做同一工作的事实下,居然会莫名其妙地从有法律保障的劳动关系被改为没有保障的劳务关系,所以一而再地申诉。

在另一起案件中,原告古拉依木·色力木(无出生日期)从1995年开始在乌鲁木齐市沙依巴克区人民政府友好南路街道办事处(以下简称“办事处”)当保洁员。2007年该办事处改制为公益单位,让原告与华民劳务派遣有限公司(以下简称“华民公司”)签订合同,合同期为2007年至2012年5月31日。2012年1月,原告因肺结核病住院。2012年7月以来,办事处不再给原告支付工资。原告起诉,要求办事处补缴2007年至2012

年的社保费,以及支付生病期间的生活费,另加解除劳动合同的经济补偿金。法院认定,原告与办事处早已解除劳动关系,与华民公司的合同则已于2012年5月31日终止,据此驳回原告的要求(案件A-6)。这样,这位工人在为同一个单位工作了17年后,不幸得了肺结核病,更不幸的是,等于是在没有任何补偿和社保的条件下被解雇。

第三起事业单位的案件比较特殊,与上述两起比较高度形式主义、条文主义化的判决有一定的不同。它是一个事业单位新疆文学艺术界联合会(以下简称“文联”)的家属院和其2000年到2014年聘请的门卫约力瓦斯·吾甫尔之间的争议。法院查明,在2000年到2007年间,这位门卫的工资是由院里每户每月各出10元来维持的,认定乃是一种“雇佣关系”而不是“劳动关系”,但从2008年开始,文联从各户收取物业费,因此与门卫原告建立了劳动关系。在2013年3月1日又让原告与众联劳务派遣有限公司(以下简称“众联公司”)签订了劳务派遣合同,将其置于劳务关系之下。2014年7月1日,文联辞退了这位门卫工人。约力瓦斯遂起诉,要求解除合同经济补偿金、补缴社保费,以及未签订合同期间的双倍工资^②(案件A-30)。

一审法院判决,约力瓦斯已与众联公司签订了劳务派遣合同,对原告要求的未签订合同期间的双倍工资,不予支持。但是,在此之前的2008年到2013年,约力瓦斯与文联确实存在劳动关系,因此文联应补缴社保费用(文联只为其缴纳了2009年4月与5月的)。同时,文联应支付解除劳动合同的经济补偿金(共5.5年,11000元)。至于众联公司,虽然不必付经济补偿金,但应补缴2013年到2014年的社保费用(见案件A-30判决书中的总结)。

此案的判决与上面的两起不同,带有一定的实质主义(照顾老工人,争取一定程度的妥协)成

分而不是一般的强烈倾向更为形式主义的、法律条文主义的判决。虽然如此,原、被告都不服,提出上诉。在二审裁定中,此案审判中的实质主义倾向展示得更加清楚——我们将在下面的二审案件部分进一步讨论。

(三)上海的事业单位:双拥活动中心

在我们来自上海的(抽样)案例中,没有国企业的案件,但有6起涉及同一家事业单位的案件,展示的是它正在模仿国企的“甩包袱”行为。其中2起是一审案件(案件B-1、B-2),4起是二审案件(案件B-21、B-22、B-23、B-24)。6位原告的处境基本一样,而且面对的全是同一家事业单位在改制之后的“减负”/“裁员”措施。该单位是位于上海华涌大厦的双拥活动中心(以下简称“双拥中心”),华涌大厦原是解放军部队的一个下属单位,是个退伍军人服务中心,后于1999年改制,“华涌大厦整体被划转给上海民政局管理”,改名双拥大厦,成为双拥中心的办公场所。之后,双拥中心拟定计划,不再“承担”之前的经营性住宿、餐饮等职能,要改制成为纯公益性的服务机构,于2014年11月26日获得上海市民政局批复“原则上同意”,让双拥中心按公益性事业单位“分类定位并依法分流相关人员”。双拥中心即于2014年12月15日起停止对外住宿、餐饮等经营,并进行相关人员的“分类改革事业编制外劳动合同制人员分流方案”。对此,其中一名原告诉称,被告双拥中心“打着分流改制的旗号,实质上是违法裁员”(案件B-1)。由此兴起一系列涉及众多员工的劳动争议。本组的6起案件(来自15抽1的一审案件,和10抽1的二审案件)只不过是其所有劳动争议案件中的一小部分。

双拥中心的问题是,它没有事先把员工们的身份“合法地”转为劳务派遣工,也许是因为这些长期的事业单位员工不那么容易摆布。即便如此,双拥中心最终选择的是用另一种方法来减免

其对劳动者须负的解除劳动合同的经济补偿义务。双拥中心对部分员工提供了这样一种选择,即在被终止劳动关系之后,由双拥中心通过上海市民政局来为劳动者安排新的(作为劳务派遣工的)工作。显然,其做法涉及的依然是把劳动者从之前的劳动关系转入劳务派遣关系。劳动者面对的依然是从正规工人被转为非正规的劳务派遣工。

有一定代表性的是原告刘静(1970年生)的案件。刘1996年应聘进入解放军下属的事业单位,1999年调入双拥中心从事电工工作。2011年7月1日,刘与双拥中心签订了无固定期限的劳动(关系)合同。2014年12月15日,原告被双拥中心通知“不必再来上班”。双拥中心将原告划归“第一类”人员,由于“法定服务满15年距法定退休年龄不足5年,用人单位不得解除劳动合同”的规定,双拥中心为原告提供两个选择:一是解除原来的劳动关系后,由民政局安排重新就业,即下岗后(以劳务派遣工的身份)重新就业;二是“退岗休养”。刘起诉称会因此被转入劳务派遣工的不同标准的社保,每月损失300元的收入,据此,要求6万元补偿(案件B-1)。

法院判决,双拥中心已依据最高人民法院的《解释(三)》为原告缴纳社保费;至于原告诉称的从双拥中心的社保条件被转入(派遣工的)新社保条件所带来的损失,则不属于法院的受案范围,因此对其请求不予处理,驳回。

在另一起案件中,原告叶韵在双拥中心从事总机话务员工作,同样于2011年7月1日与双拥中心签订了无固定期限合同,同样于2014年12月15日被通知不用再来上班。叶在本次改制中被划归(分流的)第三类人员,“属解除劳动合同类”。叶韵与李静同样,要求因社保条件更改而导致的每月300元损失的补偿。法院同样判决此点不属其受案范围。叶韵还要求解除劳动合同的经

经济补偿。法院判决,《劳动合同法》规定:“劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化,致使劳动合同无法履行”,“用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人”,可以解除合同。现双拥中心确实已经不再具有经营性职能,并非像原告诉称那样“非法解除合同”,因此,法院对原告的要求“不予支持”(案件B-2)。

在我们10抽1的二审案件中,也有4起源自同一单位双拥中心的改制。上诉人何俊与以上第一起案件的原告刘静同样是电工,与第二起的原告叶韵同样被划归第三类人员,因不服原判而上诉,要求非法解除合同的经济补偿。但中级法院维持原判,理由一样:相关单位因客观情况的变化(终止经营性业务),可以合法解除合同,不必支付经济补偿金(案件B-21)。在第二起中,上诉人梅华忠与何俊一样,被划归第三类人员,要求经济补偿金和不能按原标准缴纳社保而对其造成的每月300元损失。中级法院同样维持原判(案件B-22)。第三起的上诉人周关英同样被划归第三类,同样要求解除合同补偿金和社保损失(案件B-23)。中级法院同样维持原判。第四起的上诉人万强华也同样(案件B-24)。

从以上的案件我们可以看到,上层的决策是让双拥中心从一个兼公益和商业性质的单位改制为纯公益性的单位,为此而要解雇其经营性业务的人员,因此拟定了一个“分流”制度,实际基本上是裁员。为了减轻其对长期员工的解除劳动合同经济补偿金和降低人员社保标准的负担,双拥中心采用的手段是法律条文关于单位签订劳动合同时的“客观情况发生重大变化”而“无法履行”原来的合同的借口,但其实并不是经营情况或业务发生重大变化,而是改制中的分类分流的行政抉择。

对员工们来说,则是在长期为一个单位工作之后,失去其与单位的劳动关系、一直以为是稳

定的工作以及条件相当优厚的社保。其未来的工作将会是劳务派遣的工作而非正规劳动者的工作,无论是否通过民政局的安排都如此。这将意味着失去其原有福利的相当一部分。因此,他们试图借助保护劳动者权益的法律来维护自身的权利。

但他们面对的则基本上是行政决策至上的实际,其核心是允许企业和事业单位“甩包袱”。这些案件正来自国家的政策和工人的权益之间的冲突。双拥中心的行为,即便没有涉及用劳务派遣公司作为“护身符”,仍是同一战略性决策的一部分。即便双拥中心自身没有先把劳动者置于劳务派遣公司之下,其所作所为的实际效果无疑将是把劳动者转为派遣工。

三、私企

在上一篇文章分析的2012年来自全国所有基层法院判决的关于劳务派遣的57起劳动争议案件中,涉及的企业全是国企,没有一起涉及私企(虽然有一个承包公司被法院视作相当于私企),而在本文研究的案件中,在新疆有1起,上海有9起。从新案件中,我们可以看到,私企已经相当广泛地在模仿国企借用劳务派遣“护身符”来“灵活用工”以减低其劳动成本。

(一)新疆的一家私企

在新疆的案件中,虽然只有一起涉及私企与其员工的案件,但该公司所采用应对员工的手段具有比较广泛的意义。原告艾沙江·买买提从2007年8月21日至2012年9月24日在新疆金纺纺织股份有限公司(以下简称“金纺公司”)从事捡花工作。在此期间,相继被安排与四家不同的劳务派遣公司轮流签订了合同,直至2012年合同终止。原告在2015年方才提出申请仲裁,要求解除合同经济补偿金、补缴社保费,以及未签订合

同期间的双倍工资。法院驳回原告请求,因为已经超过诉讼时效(案件A-7)。

原告很可能一直以为,自己所遭受的乃是比较普遍的待遇,并没有想到要起诉维权,所以拖延了数年方才申请仲裁和投诉。虽然如此,我们也可以看到,金纺公司很可能是有意每年更换劳务派遣公司,来减低自己可能要负担的解除劳动合同经济补偿金、补缴社保费,以及未签订合同期间的双倍工资。对企业和劳务派遣公司来说,短期轮换劳务派遣公司,每年签订新的合同,建立新的关系,使劳动者很难争得连续工作全期的补偿,也使其更难于法定时效期间提出适用于前几个合同期间的申请。下面我们会看到,有的企业和劳务派遣公司已经开始用这种方法来应对劳动者的可能维权行为。

(二)上海的私企

作为全国市场经济和私企最发达的地方之一,上海的私企与其员工的争议当然要比新疆复杂和多样。它们为我们说明私企是怎样在模仿/跟随国企来使用劳务派遣公司作为护身符的,也进一步说明劳动者多么难争得加班和未休年假工资。它们更为我们阐明劳务派遣公司(以及企业)所采用的一些用于应对来自国家和法院压力的方法。

1. 中集冷藏箱公司

首先是中外合资企业上海中集冷藏箱有限公司(以下简称“中集公司”,注册资本3100万美元)与其两名员工间的两起劳动争议案件。原告陆卫华于1998年便开始在中集公司从事车间操作工工作,但公司一直未与其签订劳动合同。2008年,原告工作满十年,按照法律规定,公司应与其签订正式的无固定期限劳动合同,但公司一直拖到2013年12月1日方与其签订合同。原告要求2008年至2013年未签订合同期间的双倍工资。另外,原告诉称,工作期间每天工作12小时,

休息日及法定节假日都有加班,要求加班和未休年假工资。

法院认定,原告于2015年1月方才提出仲裁申请,要求未签订合同期间的双倍工资,已超过诉讼时效。2014年前的未休年假工资同样已超过时效,也驳回。最后是加班工资的请求,因公司的考勤表只记录是否出勤,没有加班的具体信息,不足为据,亦驳回(案件B-3)。

另一原告周为国从1998年开始在中集公司从事车间操作工工作,但是由上海世贤人力资源有限公司派遣到中集公司工作的,最初是签了五年的合同。2013年1月17日,在下班途中,原告因“对方全责的交通事故而受伤”,经宝山区人社局认定为工伤,病休一年。原告起诉,要求认定其与中集公司的关系乃劳动关系,并诉称工作期间每日工作12小时,休息日和法定节假日均有加班,要求加班工资以及未签订合同期间的双倍工资(案件B-4)。

法院认定,原告与中集公司在1998年到2013年之间的关系是劳务派遣关系而不是劳动关系,因此,不支持原告要求的未签订合同期间的双倍工资(因为只适用于具有劳动关系的工人)。至于原告要求的加班工资,法院判词虽然花了较大篇幅来回于原告和中集公司所提供的证据和说辞间,但显然并不足以真正澄清事实,最终的结论不过是原告提供的“证据不足”。何况,原告提出的仲裁申请已经超过诉讼时效,所以也不予支持。

此案例说明,中集公司已经采用了类似于之前国企使用劳务派遣公司作为护身符的方法来摆脱其对劳动者的法定义务。同时,这两起案件也(与笔者上一篇文章中的论述同样)说明,没有企业的配合,劳动者很不容易提供法院要求的加班和未休假证明。事实是,在法律剖开了用人与用工单位的理论建构框架下,劳动者几乎没有可

能争得用工单位要对其管理行为负责的法院判决。

2. 安捷轿车运输公司

再则是三起上海安捷轿车运输有限公司(以下简称“安捷公司”)与其员工间的争议。杨星海2008年入职安捷公司工作。2011年安捷公司让杨与公司下属的“职工劳务公司”签订合同,把杨转为被派遣到安捷公司工作的派遣工。杨诉称,在职期间,公司从未安排法定节假日休息,也未安排休年假,他要求2008年3月25日至2015年4月7日期间的加班工资63000元、未休年假工资28636元、解除合同经济补偿金38340元。法院认定,原告与安捷公司不存在劳动关系,乃是劳务关系,而且,原告的岗位实行不定时制,工资“按照里程计算”。据此,驳回原告的请求(案件B-5)。

另一原告姚亮在类似的情况下进入安捷公司,同样于2011年与公司的职工劳务公司签订劳务合同。姚亮在同一律师(汪洋)的代理下,同样提出要求加班工资、未休年假工资和解除合同经济补偿金。法院同样认定,原告是劳务派遣工,工资按照里程计算。据此驳回原告的请求(案件B-6)。最后,原告毕玉杰也是在同一律师的代理下,提出同样的要求,同样被法院驳回(案件B-7)。

从以上的案件我们可以看到,安捷公司早已有充分的准备,建立了劳务派遣公司作为护身符,并把工作岗位设定为不定时制,报酬根据里程计算,以此排除了劳动法规关于工时和加班、休假工资的适用情形。劳动者根本就没有可能按照一般的劳动关系法律来争得加班和未休年假工资以及解除合同的补偿。我们看到,在本文的所有案例中,没有一起劳动者争得加班工资的例子。至于未休年假工资,我们下面将看到,只有唯一一起成功的例子。

3. 另外两家私企

在另外两家私企与其员工的争议中,案情也基本和上述的五个案件相似,即企业凭借劳务派遣公司及其合同作为护身符,成功摆脱了对员工的法定义务,同时,使用计件或里程报酬制度来排除加班和未休年假工资的要求。

原告张文明被上海联慧人力资源发展有限公司派遣至上海安吉汽车运输有限公司(以下简称“安吉公司”,注册资本3500万元)从事驾驶员工作,从2009年12月17日工作至2013年12月31日。然后,张于2014年1月1日起与安吉公司签订了劳动合同。2015年4月21日,原告向安吉公司提出辞职,理由是公司未安排带薪年假和未付加班工资,并要求支付解除合同经济补偿金。法院认为,安吉公司实行不定时工作制,工资按照里程计算,而且,原告申请仲裁已过诉讼时效,驳回原告的所有要求(案件B-8)。

在最后一一起私企案例中,原告戈锋被劳务派遣公司辅臣建功人力资源发展有限公司(以下简称“辅臣公司”)派遣到上海益实多电子商务有限公司(以下简称“益实多公司”,注册资本4000多万元)工作。2015年8月7日,益实多和辅臣两家公司通知原告等员工将变更劳动合同,降低其工资和更改合同期限。8月13日,原告与100多名员工联名向益实多公司发出“协商通告”,显然希望能够与公司协商解决问题,要求两家公司于协商期间保证员工正常工作。但益实多公司于8月21日以原告等“旷工”为由,解除与原告的劳动合同。公司对法院声称,原告等“聚众闹事,连续旷工多日”,故将原告“退回辅臣派遣公司”。8月21日,辅臣公司决定解除与原告等的劳动合同。9月17日,戈锋等申请仲裁,要求解除合同经济补偿金,没有获得支持,遂起诉。法院经调查指出,原告与辅臣公司签订的合同第六条第二款第五项含有以下规定:“员工有旷工行为的,属于严重

违反公司规章制度行为,公司有权立即解除劳动合同并无须支付经济补偿。”据此,法院驳回戈锋的诉讼请求(案件B-9)。

显然,益实多公司在决定降低薪酬之前,早已对员工的可能抗议有所防卫,而且早在签订合同之前便已与辅臣公司制定了可以因旷工而解除劳动合同并且包含无须支付经济补偿的条款。看来,这家公司和劳务派遣公司早已串通好如何应付员工的可能抗议。事实是,在法律偏向支持企业凭借劳务派遣中介来“灵活用工”,以及企业和劳务派遣公司的预谋下,劳动者实在没有太多的抗争空间。^③

四、劳务派遣公司

以上叙述的案例所展示的是劳务派遣在司法实践中的主要含义。虽然如此,我们也要看到,国家政策和法律正在逐步加强对劳务派遣公司的管理,要求其承担更多对劳动者的义务,在新疆的案例中尤其明显。同时,两地都有鲜活的例子说明劳务派遣公司正在采用一些对策,包括只与劳动者签订短期的合同,轮换劳务派遣公司,以及在合同中纳入防御劳动者抗议的条款等。以下我们先论述劳务派遣公司要负的法定义务,而后讨论有的劳务派遣公司所采用的应对策略。

(一)新疆:劳务派遣公司应负的义务

1. 接管企业和其员工的劳务派遣公司要负原用人单位对工人解除合同经济补偿金的义务

首先要讨论的是本文关注的新疆案件中最大的一组,共13起(原告除了一名是哈萨克族之外,其余都是维吾尔族),是一个涉及50多名采石工的争议(案件A-8至A-20)。新疆沙湾天山水泥有限责任公司(以下简称“天山公司”,注册资本9000万元,员工约700人)是这些工人原来的用人单位,但2014年底,天山公司通过东硅人才劳务

有限责任公司(以下简称“东硅公司”)通知采石工人,采矿场即将停产,将由东硅公司来与员工解除劳动合同。名义上,东硅公司可以为工人们安排转往另一家采矿场工作,但因新矿场离原来的采矿场和工人们的家较远,对工人们来说,并不是一个有实质意义的选择。法院在判决中明确说明此点。此前,天山公司并没有明确告知工人们即将把他们的用人单位从天山公司改为东硅公司,而且天山公司还一直支付工资给工人们。

在解除合同过程中,东硅公司曾试图以“旷工”为借口,解雇吐尔汉·胡沙英(哈萨克族,2008年至2013年在公司工作)。在那起案件中,法院判决东硅公司“未提交证据证明原告严重违反用人单位的规章制度”,应负担解除合同经济补偿金14092元,另加相当于其一半的“额外经济补偿金”,作为公司试图非法解除合同的惩罚(案件A-10)。

此组案件判决的关键是依据最高人民法院的司法解释:“劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作,原用人单位未支付经济补偿,劳动者依照劳动合同法第三十八条规定与新用人单位解除劳动合同,或者新用人单位向劳动者提出解除、终止劳动合同,在计算支付经济补偿或赔偿金的工作年限时,劳动者请求把在原用人单位的工作年限合并计算为新用人单位工作年限的,人民法院应予支持。”(《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(四)》,2013:第5条)最高法院此项解释适合此组案件的情况也比较具体,成为法院对此案判决的主要依据(见案件A-13)。

另外,天山公司对事情处理含糊不清并违反法律,当然也是个重要因素。法院认为,在东硅公司与劳动者签订合同时,天山公司“并未向原告告知其身份转化”,“并未解除或终止原告的劳动关系,并支付劳动补偿金,且一直向原告支付

工资,致使原告无法明确劳动关系的相对方是哪一方,其行为违反《劳动合同法》有关劳务派遣的规定……”据此,法院判决东硅公司除了一般的解除合同经济补偿金之外,还应支付原告(惩罚性的)“额外经济补偿”,相当于其经济补偿金的一半(见案件A-10、案件A-20)。

在新疆2013年至2016年的案件关乎接管天山公司的东硅公司与其员工间的争议中,还有两起的原告是汉族劳动者,法院的判决和对维吾尔族(与一名哈萨克族)劳动者完全一致。这是可以理解的,即便法院原则上比较照顾少数民族,也不会在同一法院的同一案件中显示不一致的判决。更可能使用的办法是在针对单独劳动者的二审判决中才这么做(见案件汉-1、案件汉-2;亦见以下关于二审案件的进一步讨论)。

2. 劳务派遣公司要负单方解除合同的经济补偿责任

在另一起案件中,原告西尔艾力·库尔班在2007年进入新疆新能天宁电工绝缘材料有限公司(以下简称“天宁公司”,注册资本500万元)工作。从2008年10月开始,天宁公司为其缴纳社保费。2009年,天宁公司让原告签了“解除劳动关系证明书”,其后又签订了两年合同,续签至2011年底。2012年天宁公司指使原告与新疆才特好人才服务有限公司(以下简称“才特好公司”)签订派遣合同,合同期至2013年底。2014年续签两年到2015年底,之后解除合同。原告起诉天宁公司,要求解除合同经济补偿金19728元,另加未签订合同期间的双倍工资18374元、加班工资15717元、未休年假工资28455元。一审判决,天宁公司已于2011年底与原告解除劳动关系,无须负其后的责任,但才特好公司则与原告建立了劳动关系,须支付单方解除合同经济补偿金,并与在天宁公司工作年限合并计算,共计19700元(工作7年,即7个月的工资)。另外,法

院认为才特好公司还应支付2013年至2014年未休年假工资1397元。至于原告要求的加班工资,法院认为证据不足(案件A-21)。

3. 劳务派遣公司要对劳动者负一定的社保义务

同时,上面我们已经看到,劳务派遣公司也要对劳动者负一定的社保责任,一如上面讨论的关于原告艾力瓦斯与新疆文联家属院的争议所展示的那样,此点在以下要讨论的二审案件中尤其显著。这和2012年的案件所显示的法院相当普遍认为社保争议不属于其受理范围很不一样——无论是企业、事业单位还是劳务派遣公司。在2013年到2016年的案件中,我们已经看到,在新疆一起涉及事业单位文联(见案件A-30)和上海涉及事业单位双拥中心的6起案件(案件B-1、B-2、B-21、B-22、B-23、B-24)中,法院比较明确地判决劳务派遣公司原则上应负责其员工的社保,尽管法院仍然认为关于具体的不同标准社保条件的争议不属于法院受理的范围,把法院管辖的范围限定于是否应该提供社保的原则问题上,不审理其不同标准的具体问题。在以上涉及事业单位新疆文联的案件中,法院明确判定工人被转入的众联公司要负担劳动者在其合同期内的社保(见案件A-30判决书中的总结)。

(二)新疆:劳务派遣公司采用的对策

从以上的案件中我们看到,2013年以来,国家政策和立法者的意图是让劳务派遣公司肩负更多对劳动者的义务,虽然如此,我们也要认识到,劳务派遣公司已经“发展”出一些相应的对策。

1. 签订短期合同,轮换劳务派遣公司

2011年到2015年间,原告艾合买提·依米尔被安排与一系列的劳务派遣公司——从鑫汇源到才特好到新源公司——轮换签订了一年的短期派遣合同,被派遣到天康畜牧有限公司(以下

简称“天康公司”)做投料工作,最后天康公司才于2015年1月26日与原告签订了劳动合同。但2015年12月1日,天康公司却口头通知原告不用再上班。原告遂申请仲裁,而后起诉,要求解除合同经济补偿金(工作4.5年,即4个半月的工资)和补缴社保费用。法院判决,天康公司解除合同,需要支付原告半个月的经济补偿金,其他的都不能算,因为之前几年都是与不同公司签的合同,原告的申请已经超过诉讼时效。至于原告要求天康公司补缴之前的社保费用,同样早已超过一年的诉讼时效(案件A-22)。

这里,我们可以看到,天康公司和三家劳务派遣公司都是有意识地与原告只签订一年的合同,为的正是使公司可能要负的义务最小化。签订短期合同并在多家劳务派遣公司间轮换,显然是一个使劳务派遣公司可能要肩负的对劳动者义务最小化的有效方法。

2. 在合同中纳入防御性的条款

此外则是在合同中纳入防御性的条款。原告麦合木提·麦麦提于2009年12月1日与被告新疆新民生劳务派遣有限公司(以下简称“新民生公司”)签订为期三年的劳动合同,被派遣至乌鲁木齐铁路局乌鲁木齐机务段检修车间从事机车钳工工作。期满后双方于2012年12月1日续签了五年的合同。其后,新民生公司拟(根据铁路局的意见)把原告岗位从原来的机车钳工(技术工作)变更至客运服务工作。原告不愿意,于是申请仲裁,要求解除合同经济补偿金以及争议期间的工资与社保费用。但新民生公司对此早有防备,在双方所签订的合同中,早已设定了以下条款:“甲方在合同期内因工作需要,可以对乙方工作岗位调整,乙方应予服从。……否则,甲方有权对乙方按自动离职处理并与乙方解除劳动关系……其间甲方不承担乙方工资及社会保险费用。”据此,法院判决,驳回原告要求(案件A-

23)。④

(三)上海:劳务派遣公司应对劳动者的方法

上海的劳务派遣公司当然也有相应的对策,再次说明劳动者很难争得加班工资。特别值得注意的是,我们的案件还说明,用工单位可以不必负经济补偿义务而解雇劳动者。劳务派遣公司同样可以凭借用工单位“退回”劳动者而避免自身要负的解除合同经济补偿义务。这也是黑洞的一个方面。

1. 用工单位“退回”劳动者不受法律约束

第一种情况和我们称作法理与司法实践中的黑洞直接相关。在剖开了用人与用工单位的理论建构下,原公司虽然成为“只用工、不管人”的单位,但作为实际管理单位,实际上仍然有权辞退劳动者,而且不必负法律责任;如果是用工单位而不是劳务派遣公司辞退工人的,劳务派遣公司也不必负责。此点其实和劳务派遣法律原来的目的直接相关,即允许企业借助劳务派遣的护身符不承担赔偿义务而“甩包袱”。

原告刘建强于2009年6月29日被上海工蕴人力资源有限公司(以下简称“工蕴公司”)派遣到上勤物业管理有限公司(以下简称“上勤公司”)从事电工工作。2014年12月22日上勤公司通知原告决定将其开除,而且没有全额支付承诺的工资。为此原告提出仲裁申请,之后起诉,要求解除合同经济补偿金、未支付的工资以及强台风期间的4天加班费。工蕴公司辩称,上勤公司因原告严重违反规定、处事不当(没有具体细节)而“建议原告辞职”。所以,工蕴公司不应支付解除合同经济补偿金。据此,法院判决,原告虽然主张与其建立劳动关系的是上勤公司,但法院查定,实际上是工蕴公司,故法院不支持原告要求用工单位上勤公司负担经济补偿金。至于工蕴公司,因解除合同的乃是上勤公司,同样不应负解除合同补偿金的责任。至于原告关于加班费

的要求,法院认为缺乏证据,也不予支持。最终,法院只支持上勤公司支付原告未支付工资(奖金)单一项要求(案件B-12)。

在另一起案件中,情况基本相同。原告王明岗被上海苏通人才服务有限公司(以下简称“苏通公司”)派遣到德尔福汽车空调系统有限公司(以下简称“德尔福公司”)当操作工,2009年3月30日入职。原告诉称,入职后被用工单位班长调动到炉前工作,工作量较大,而他又未经过培训,无法完成,班长因此命令他回家。2015年6月5日,苏通公司发出通知,以王被德尔福公司“退回”为由,解除合同。王经仲裁失败,起诉,要求解除合同经济补偿金。法院认为,用工单位德尔福公司退回王“并无不当”,而劳务派遣公司苏通解除合同也“并不违反法律规定”,驳回王的要求(案件B-13)。

以上两起案件再次为我们说明法理与司法实践中所存在的黑洞问题。作为实际管理原告的用工单位,在第一批案件中的上勤公司有权(声称因劳动者违反公司规章制度)单方解除与原告(把劳动者退回劳务派遣公司),而作为中介的劳务派遣公司则因为并不是解除合同的管理单位,也不承担经济补偿金的义务。至于加班费,更毋庸说是属于实际管理单位的权限,劳务派遣公司无权管理,因此也不必负法定责任。在第二起案件中同样,德尔福公司作为用工单位(实际管理工人的单位)有权调动劳动者并将其退回劳务派遣公司。这样,其实为管理单位(用工单位)留下了几乎是没有法律约束的解雇劳动者的权力。作为用工而不是用人单位,德尔福公司并不受到单方解除合同经济补偿金的法律约束。^⑤

2. 正常工作时间之外的“值班”

上面我们已经看到,在众多要求加班和未休年假工资的案件中,没有一位劳动者成功争得

那样的权利,包括上述上海中集公司与其两名员工的争议(案件B-1、B-2),上海安捷公司与其三名工人的争议(案件B-3、B-4、B-5),劳务派遣公司工蕴公司与劳动者的争议(案件B-12)等。以下的案例进一步说明此点。在使用计里程/计件制度之外,劳务派遣公司或用工单位还可以在正常工时之外要求劳动者“值班”。

原告葛登东下岗后于2013年6月28日被宝嘉物业管理有限公司(以下简称“宝嘉公司”)派到上海市闸北区劳动争议仲裁院(以下简称“仲裁院”)当保安保洁员,合同为期一年,每年一签。2015年5月14日原告被通知解除合同,遂起诉。原告诉称,其工作期间从早上8点到晚上8点要在大厅站岗,晚上要到办公室收热水瓶,巡逻门窗是否关好,开启报警器等,到晚上12点才能睡觉,天天无休。宝嘉公司(和作为“第三方”的仲裁院)则辩称,原告上班时间实际上是早上8点到下午5点半,中间有两个小时吃饭休息时间,夜间并不工作,仲裁院“安排原告每天晚20:00至次日7:00值班,门卫室有床、电视、空调等,值班可以睡觉”。法院认为,“原告未能就其加班事实提供相应证明”,其“晚间工作不同于白天,应属于值班性质”。据此,法院驳回原告要求的加班工资以及解除合同经济补偿金(案件B-15)。

这里,我们再次看到,劳动者实在很难争得加班、休息和休假工资,要从不负责管理、实质上是中介性的劳务派遣公司那里获得这些尤其如此,即便其已被法律建构为新“用人单位”。^⑥

五、二审案件中上海与新疆的差异

在二审的案件中,上海与新疆意外地展示了比较鲜明的差异:上海的8起二审案件基本清一色地维持原判,其中有6起简单“维持原判”(其中4起是我们上面讨论的双拥中心与其员工的劳动

争议——案件B-21、B-22、B-23、B-24,另两起是案件B-25、B-26);有2起裁定“原审正确,但计算有误,应予纠正”(案件B-27、B-28),其实基本上还是维持了原判,只不过更改了金额计算的细节。

而新疆的5起二审案件中(第6起只是关于管辖权的争议^⑦),则有3起推翻或改变了一审原判,另一起则在一审和二审中都显示了实质主义裁判的倾向,和其他案件(多强烈倾向形式主义)有一定的不同。

(一)考虑到老工人的处境

吾班·俄汗是一位发电公司工人,为当地国企工作逾20年(1989年—2009年)。其间,公司经过“体制改革”,于2008年把原公司国电塔城铁厂沟发电有限公司“整体转移交国电新疆电力公司”,之后,只与工人签订了两个短期合同。原判决比较形式主义化:工人与旧公司的关系确实是劳动关系,但与新公司则只是临时工性质的劳务关系。工人要求之前未签订合同期间的双倍工资以及待岗期间的生活费,被驳回。但二审判决则明确,该工人为公司工作逾20年,法院虽然不支持其未签订合同期间双倍工资的要求,但裁定国电塔城铁厂沟发电公司应支付给原告待岗工资37600元,并补缴社保费。此案可以被视为一种“实质主义”的裁判:一方面维持了原审判决的部分内容,但同时又找到了适当补偿原告这位老工人的方式(案件A-26)。

(二)在当事三方中寻求妥协

第二起案件比较复杂,涉及多方的起诉和上诉。工人买买提·艾力艾山为巨型国企中国石油天然气股份有限公司(以下简称“中石油”)工作了10年之后,在2006年被转为与和田力源劳务派遣有限责任公司(以下简称“力源公司”)签订合同。后买买提因2014年与同事打架,被中石油退回,力源公司遂解除与其的合同。买买提要求

单方解除合同经济补偿金67478元和“延长工作时间”工资差额19796元,获得仲裁支持,认为中石油辞退买买提没有遵循法定程序,裁决由力源公司和中石油支付解除合同经济补偿金67478元,中石油支付加班费19796元。力源公司不服,上诉,经法院民事调解,改为由力源公司支付经济补偿金45000元。中石油也起诉,声称在其与力源公司的“外包”协议中,含有加班、节日补贴等内容,相关费用早已支付给力源公司,中石油不该再支付。力源公司遂向买买提支付了此项费用。之后,买买提又向中级人民法院上诉,要求维持原仲裁裁决的经济补偿金额。二审判决,45000元经济补偿金额是买买提和力源公司双方与法院协商之后得出的调解方案,而且已经支付给买买提,据此,维持原判,驳回买买提的要求。可以说,此案一审、二审的处理,都比较侧重调解,要比其他案件更“实质主义”化(案件A-28)。

另外,此案是本文研究的案件中唯一明确涉及“连带责任”的案例。“连带责任”是个容易被误解的劳动法律范畴。2007年的《劳动合同法》含有以下关于“连带责任”的条款:“劳务派遣单位违反本法规定的,由劳动行政部门和其他有关主管部门责令改正;情节严重的,以每人一千元以上五千元以下的标准处以罚款,并由工商行政管理部门吊销营业执照;给被派遣劳动者造成损害的,劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任。”(第92条)最后一句从表面上看来似乎是说,如果劳务派遣单位与用工单位对劳动者造成伤害,例如把劳动者从劳动关系改为劳务关系,两者须承担连带赔偿责任。但实际上,此条的适用范围明显限于“违法”行为,并没有被法院适用于原公司和劳务派遣公司“合法”地把具有劳动关系的工人转变为劳务派遣工对劳动者所带来的损害,这也是我们研究的绝大多数案件所展示的实际运作情况。因此,虽然在我们研究的案例

中,有不少原告把用人单位与用工单位同时列为被告或“第三人”,但是除了以上这起被法院认定为违法辞退工人的案例,笔者没有看到法院判决用人单位与用工单位须负连带责任的例子。^④

《劳动合同法(2012年修订)》提高了此条的惩罚金额,并把最后一句改为“用工单位给被派遣劳动者造成损害的,劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任”。但其用意仍然是把这种连带责任限定于法院判定是企业(用工单位)的违法行为。

(三)超越僵硬的时限以及关乎加班和未休年休假工资的实质主义措施

第三起二审案件(上面已经讨论过其一一审经过)的原告西尔艾力·库尔班从2007年开始为新疆天宁公司工作,2012年初被转为与才特好公司签订合同,而后被派遣到天宁公司工作。2010年2月,天宁公司与才特好公司签订劳务派遣协议,才特好公司于2012年1月1日将原告派遣到天宁公司工作。2014年1月原告申请离职,才特好公司向其出具“解除劳动关系证明书”。西尔艾力遂申请仲裁,而后起诉,要求确认其与天宁公司存在劳动关系,与才特好公司的合同无效,并要求天宁公司补缴2007年到2014年的社保、解除合同经济补偿金(共7.5年)和未休年休假工资。一审判决驳回原告与天宁公司存在劳动关系,认为其与才特好公司的合同有效(因为原告签了名),据此,驳回天宁公司应补缴社保费用以及未休年休假工资的要求。但是,出乎原告和其律师意料之外,法院认为劳务派遣公司才特好公司应对其负解除合同经济补偿(共7.5年,19700元)义务,并补缴社保费用,以及支付未休年休假工资1397元。之后,原、被告双方都不服原判而上诉(案件A-29)。

这里我们可以看到,原来起诉的西尔艾力和其律师简单地以为需要证明其与劳务派遣公司

的合同无效,确定其与原用人单位仍然存在劳动关系,据此来要求其承担法定义务。但事实上,国家和法律的用意是要维护企业的灵活用工,允许其“甩包袱”,法院在这点上的判决是完全符合国家政策的。原告及其律师没有预料到的是,国家和法律的意图是尽可能让劳务派遣公司来承担原企业的义务,借此来缓和劳务派遣所引起的社会/民族矛盾。

首先,在解除合同经济补偿金方面,法院没有简单依赖形式化的一年时限来判案,在经济补偿上只纳入原告与才特好公司的合同年限。中级人民法院二审判决,一审法院依据的是《劳动合同法》第38条的规定,即“新用人单位向劳动者提出解除、终止合同,在计算经济补偿或赔偿金的工作年限时,劳动者请求把原用人单位的工作年限合并计算为新用人单位工作年限的,人民法院应予支持”(其实是引自《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(四)》,2013:第5条)。所以判定才特好公司应负担解除合同的经济补偿金,按照2007年到2014年共7.5年的工作年限来计算,即19700元。

此外,在对待社保问题方面,我们已经看到,法院已与2012年有明显的变化:最高法院2010年出台的《解释(三)》的第1条,已经得到一定程度的贯彻,法院不再坚持之前的基本立场(认为社保问题不属于法院管理范围),而比较认真对待社保问题。虽然只是简单判决应否交纳,不考虑关于不同标准的社保条件的争议。

最后,原告要求加班工资和未休年休假工资。对于前者,法院认为证据不足,但对于后者,法院的立场和2012年案件中的(与加班工资同样拒绝未休年休假工资)有一定的变化。首先,最高人民法院的《解释(三)》针对劳动者这方面举证的困难,规定“劳动者有证据证明用人单位掌握加班事实的证据,用人单位不提供的,由用人

单位承担不利后果”(《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三)》,2010:第9条),在此案中起到一定作用。法院据此令原用人单位天宁公司提供公司的考勤表。二审法院认为,该考勤表虽然不足以证明加班事实,但足以证明未休年休假的事实。据此,二审判决,才特好公司应支付2013年和2014年每年十天的未休年休假工资的200%,共2592元,并宣称原判“处理错误”(案件A-29)。

这里,我们可以看到,在目前的司法实践中,已经呈现了试图弥补劳务派遣法律条文中的黑洞的一小部分尝试。最高人民法院的《解释(三)》要求原用人单位(即如今的用工单位)提供考勤表的证据,并据此来判定新用人单位所应负的责任。虽然如此,我们也看到,考勤表有一定的局限,在此案例中,它只能证明劳动者的出勤天数,并不能证实或证伪其某一工作日的加班时间。这里的根本问题仍然是虚拟的“用人”与“用工”单位划分,把仅签订合同的劳务派遣公司建构为名义上的用人单位,但实际管理单位则仍然是用工单位。法院即便特别关注劳动者的权益,仍然很不容易迫使前者承担管理行为上的义务。

最后一起二审案件涉及的是一个事业单位,是上面已经讨论过的新疆文联家属院和其2000年到2014年的门卫约力瓦斯·吾甫尔之间的争议。此案二审所起的作用是明确拒绝文联与其下属的众联公司在二审中新提出的辩驳,即原告申请仲裁已超诉讼时效——原告于2013年3月1日已与众联公司签订劳务派遣合同,解除了与文联的劳动关系,但原告于一年多以后(2014年9月)方才申请仲裁。据此,这个中级法院完全可以像上面绝大多数的案例那样,形式主义地裁定驳回原告的要求,但法院没有那么做,而是维持了原判:被告文联应补缴社保费用(文联只为其缴纳了2009年4月与5月的)。同时,文联应支付

解除劳动合同的经济补偿金,共5.5年,11000元。至于众联公司,虽然不必支付经济补偿金,但应补缴2013年到2014年的社保费用(案件A-30)。这样,法院给予了一位被辞退的长期劳动者一些起码的补偿。

六、纵览2013年以来的法律变迁

总体来说,2013年以来的案件展示的司法实践已与2012年全国的案件所反映的有一定的不同:与之前法院拒绝处理关乎社保的争议有明显的不同,法院如今已经在认真处理社保争议,依据的是最高人民法院2010年的《解释(三)》关于社保问题的解释(第1条);依据《解释(三)》关于原用人单位公司该让法院检视公司的考勤表借以证明或证伪劳动者诉称的未休年休假工资(第9条);同时,与之前不同,依据2013年的《解释(四)》关于接管原用人单位企业的劳务派遣公司应负的(解除合同经济补偿)义务(第5条)等。这些可以被视作劳务派遣司法实践近几年的主要变化。

同时,新疆的一些比较实质主义化的判决,尤其是二审的判决,包括采用民事调解,避免僵硬的条文主义/形式主义审判,更多考虑到劳动者的处境等,展示了纠正目前“甩包袱”大趋势的一种可资更广泛使用的方法。

但是,考虑到同时期的上海案件(包括二审案件)及其仍然高度形式主义化的事实,我们也可以认为,两地之间的不同可能是由于上海市较为高度私企化和市场化的结果。当然,两地案件的不同也可能是由于在新疆(尤其是在二审中)更多考虑到维护与少数民族的和谐关系——可能在国家允许企业“甩包袱”的战略决策之外,也要考虑到国家长期以来维持民族关系和谐的政策。

虽然如此,我们也要看到,在新疆的案例中,

也有二审简单维持形式化一审原判的例子。上面已经讨论过,在肉斯旦木江与中建公司的劳动争议中,劳动者在2008年到2010年间与公司建立了劳动关系,于2010年8月12日与西兴邦劳务派遣公司签订了为期两年的派遣合同,于2011年7月1日再次与中建公司签订了劳动合同。2014年3月28日,原告为了需要适当照顾母亲,向中建公司提交了所谓的“辞职报告”,目的是希望中建公司适当调整其工作时间,但法院则认定劳动者乃是自愿辞职,因此,谈不上单方解除合同的经济补偿。至于劳动者所提出的加班工资要求,法院认为,中建公司早在2009年便已采用了“对搅拌机车、调度员、材料工等8个工种实行综合计算工时工作制”,而且,原告每年(冬天)冬休120日,其“工作日刚好是双休日”,而其“全年上班工作时间未超过法律规定的2000小时”,故对原告的加班工资要求不予支持(案件A-4)。对此判决,原告肉斯旦木江不服而提出上诉。但中级法院二审完全维持了原判(案件A-31)。

鉴于如此的案例,以及上海市(作为全国经济最发达的城市)总体的案例,我们不可否认,劳务派遣法律的用意和司法实践主要是协助(国有和私营)企业(以及事业单位)“灵活用工”并减轻其对劳动者的“负担”。法院虽然也采用了不少缓冲性的反措施,有的带有一定的实效,但是,我们不可因此忽视其总体趋向。

从我们论述的关键的“黑洞”问题来考虑,首先,国家政策和立法者的意图无疑主要是协助企业“减负”,为的是提高其活力与竞争力,借以推进/维持经济“发展”。其凭借的主要是虚拟的建构,用中介单位来替代企业承担其对劳动者的义务,使其成为新建构的“用人单位”,而把实际管理单位在法律上更改为“用工单位”,不必再承担(或减轻其)对劳动者的义务。但是同时,为了缓冲此战略所导致的社会(包括民族)矛盾,又试

图把(对国家经济发展大局不那么重要的)虚拟的新“用人单位”(即劳务派遣公司)实质化,使它们尽可能肩负一些对劳动者的义务。因此,《劳动合同法(2012年修订)》把劳务派遣公司的注册资本从不少于50万元提高到200万元(第57条)。但尽管如此,基本事实仍然是,劳务派遣公司不过是个中介单位,没有可能真正完全肩负实际的管理方对劳动者的义务。说到底,一个中介单位怎么可能成为名副其实的真正的“用人单位”?

回顾历史,劳动者与企业单位之间几乎必然存在利益冲突,因为双方的基本利益是相悖的:如果其他因素固定不变,劳动成本越高,企业利润越低;反之亦然。虽然如此,企业应当认识到,被善待而具有高积极性的工人,常会给企业带来高于工资成本差额的劳动生产率和收益。但事实上,绝少企业会如此考虑问题。部分原因是,双方的权力多是悬殊的,而不是相等的。正因为如此,容易导致管理方滥用工人。所以,在世界上的劳动立法历史中,主要凭借赋予劳动者以组织工会和集体谈判的权利和权力来缓和劳动关系。这不是一个可以仅凭理论虚构就能解决的问题,但劳务派遣法理依赖合同理论,从合同是由市场经济中权利对等的双方自愿签订的协议这一前提出发,借助新自由主义经济学而论说如此会导致资源(包括劳动力)的最佳配置。

我们需要承认,如此的假设绝对不该当作可以替代旧劳动法理的新理论,最多只能当作辅助性的理论,明确限于“临时性、辅助性或替代性”的工人。在这个方面,人力资源与社会保障部2013年颁布的《劳务派遣暂行规定》(2014年3月1日起施行),重申“用工单位只能在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上使用被派遣劳动者”(第3条),并规定“用工单位应当严格控制劳务派遣用工数量,使用的被派遣劳动者数量不得

超过其用工总量的10%”(第4条)。这是个明智的宣言。但是,鉴于近年来实际运作中的洪流,我们只可能怀疑:如此的限定真有可能实现吗?

七、结语

回顾改革开放以来将近四十年的历史,无可置疑的是中国城镇劳动者总体的“去正规化”和“非正规化”(即从具有充分劳动法律保护和社会保险转变为没有或少有如此的保护)的历史性大变迁。首先是农民工大规模在城镇就业,2015年已经达到2.77亿人,其绝大多数是非正规的(只有17%拥有最关键的医疗和养老保险);而后是20世纪90年代后期的“抓大放小”国企改革,共4000万到5000万的中小国企员工“下岗”;最后是近十年来劳务派遣工的大规模兴起,2012年已经达到3700万人(全总劳务派遣问题课题组,2012),如今可能有约6000万人或更多。

我们如果把17%拥有医疗和养老保险的农民工算作正规工人,剩下的是2.3亿的非正规农民工,加上下岗工人中仍然在工作的(估计约三分之一的人员,即1500万人,再加上6000万的劳务派遣工,非正规工人的总数是3.05亿(见黄宗智,2017a;亦见黄宗智,2013,2010,2009)。也就是说,如今中国所有的3.93亿城镇就业人员中有约四分之三是非正规人员。与此相比,如今非正规人员在全球的发达国家中,总共才4700万人,占其总就业人员数的10%(见国际劳工组织关于“脆弱工人”[vulnerable employment]的数据,International Labor Organization, 2013,第155—156页各表)。换言之,全球所有发达国家的非正规劳动者总数才是中国的不到六分之一。这样下去,未来中国真正完全受到劳动法律保护的人员可能会只剩下政府的官员,兴许还包括事业单位的正规人员。

最后,从中国古今正义体系整体的视野来看,中国劳动法律的历史也说明中国法律直至今日的一系列顽强的“中国特色”:包括其紧密结合“政”与“法”、非正式正义与正式正义,以及社会主义革命理念与市场经济实践。从正面来看,两者的并存带有一定的互补性以及创新可能(黄宗智,2016a,2016b);从负面来看,则仍然存在许多相互矛盾和含糊不清的方面,尚有待于法理和实践层面上的突破,方有可能真正超越简单的中西二元对立,真正整合今天中国法律的三大历史传统(古代、革命、引进),使其成为一个正面的“中国特色”的正义体系(关于其可能轮廓的初步探索见黄宗智,未刊稿a,未刊稿b)。

在整个正义体系中,如今的“劳动法律”也许是最充满矛盾的一个部门法。其中,有来自历史演变的悖论:劳动法律不是从劳资双方长期斗争和妥协而来的,而主要是由于中国共产党革命的胜利和执政而确立的。而且,在中国共产党执政后,顺理成章地把国家干部全都纳入劳动法保护的范畴。至于工会,则在改革期间形成的政府-国企-私企三方的大联盟下,悖论地几乎已经成为企业管理方的一个组成部分。在通过使用非正规的农民工、中小国企员工的“下岗”,以及劳务派遣的“灵活用工”来加强企业的活力与竞争力的大趋势下,之前的正规劳动者的权益被一再侵蚀,旧劳动法律提供的保护正逐步弱化。今天,亟须大力重新平衡国家、企业与劳动者三方的权益,第一步是要设定超越其间矛盾的、可长远持续的理论与实践方案。

附录A:2013年—2016年新疆维吾尔自治区少数民族涉及劳务派遣的劳动争议案件

下列案件来自中国裁判文书网(<http://wenshu.court.gov.cn>),2016年12月底,笔者先按“劳务

派遣”搜索,再按“劳动争议”、“新疆维吾尔自治区”、“2013—2016年”筛选结果,共得到168起案件,其中涉及少数民族(维吾尔族与哈萨克族)人员的有27起一审案件,6起二审案件(包括1起高级人民法院裁定驳回原告的再审申请),共33起。其中有2起是重复的,因此,进入我们具体分析的共同有31起。案件按讨论先后分类别排列,二审案件列于最后。案件标题后所附日期是裁判日期。

案件A-1:卡斯木·买斯木与国网新疆电力公司巩留县供电公司劳动争议纠纷一审民事判决书(2016年4月22日)。

案件A-2:努来力·亚尔买买提与国网新疆电力公司巩留县供电公司劳动争议纠纷一审民事判决书(2016年4月22日)。

案件A-3:热孜万古丽与国网新疆电力公司巩留县供电公司劳动争议纠纷一审民事判决书(2016年4月22日)。

案件A-4:肉斯坦木江·买买提与中建西部建设股份有限公司劳动争议纠纷一审民事判决书(2015年12月30日)。该案件的二审裁定书见案件A-31。

案件A-5:塔依尔·依坦木与吐鲁番市文物管理局劳动争议纠纷申请再审民事裁定书(2016年5月5日)。

案件A-6:古拉依木·色力木与被告乌鲁木齐华民劳务派遣有限公司、乌鲁木齐市沙依巴克区人民政府友好南路街道办事处劳动争议一案民事判决书(2014年1月15日)。

案件A-7:艾沙江·买买提与新疆金纺纺织股份有限公司、新疆金源人力资源服务有限公司、乌鲁木齐佳众源劳务派遣有限公司、乌鲁木齐市民之源劳务派遣有限公司、新疆冬磊劳务有限公司劳动争议一审民事判决书(2016年7月1日)。

案件A-8:达吾列提哈孜·巴牙合买提与沙湾天山水泥有限责任公司、新疆东硅人才劳务有限责任公司劳动争议纠纷一审民事判决书(2016年1月28日)。

案件A-9:哈布里·斯兰与沙湾天山水泥有限责任公司、新疆东硅人才劳务有限责任公司劳动争议纠纷一审民事判决书(2016年1月29日)。

案件A-10:吐尔汉·胡沙英与沙湾天山水泥有限责任公司、新疆东硅人才劳务有限责任公司劳动争议纠纷一审民事判决书(2016年1月29日)。

案件A-11:杰恩斯·玛坎诉被告沙湾天山水泥有限责任公司、新疆东硅人才劳务有限责任公司劳动争议纠纷一审民事判决书(2016年1月29日)。

案件A-12:努尔木哈买提·夏依马尔旦与沙湾天山水泥有限责任公司、被告新疆东硅人才劳务有限责任公司劳动争议纠纷一审民事判决书(2016年1月29日)。

案件A-13:达列里·哈密提与沙湾天山水泥有限责任公司、被告新疆东硅人才劳务有限责任公司劳动争议纠纷一审民事判决书(2016年2月15日)。

案件A-14:巴合提亚尔·夏都拉与沙湾天山水泥有限责任公司、新疆东硅人才劳务有限责任公司劳动争议纠纷一审民事判决书(2016年2月5日)。

案件A-15:布拉英·吾马尔江与沙湾天山水泥有限责任公司、新疆东硅人才劳务有限责任公司劳动争议纠纷一审民事判决书(2016年2月5日)。

案件A-16:克米西·毛力达拜与沙湾天山水泥有限责任公司、新疆东硅人才劳务有限责任公司劳动争议纠纷一审民事判决书(2016年1月29日)。

案件A-17:哈力米哈孜·斯兰与沙湾天山水泥有限责任公司、被告新疆东硅人才劳务有限责任公司劳动争议纠纷一案民事判决书(2016年2月5日)。

案件A-18:赛里克·拜山拜与沙湾天山水泥有限责任公司、新疆东硅人才劳务有限责任公司劳动争议纠纷一案民事判决书(2016年1月28日)。

案件A-19:海拉提·合孜尔与沙湾天山水泥有限责任公司、被告新疆东硅人才劳务有限责任公司劳动争议纠纷一案民事判决书(2016年1月29日)。

案件A-20:马合沙提·托列吾汉与沙湾天山水泥有限责任公司、新疆东硅人才劳务有限责任公司劳动争议纠纷一案民事判决书(2016年1月29日)。

案件A-21:西尔艾力·库尔班诉新疆新能天宁电工绝缘材料有限公司、新疆才特好人才服务有限公司劳动争议民事一审判决书(2015年2月13日)。该案件的二审裁定书见案件A-29。

案件A-22:艾合买提·依米尔与阿克苏鑫汇源人才服务有限公司、新疆才特好人才服务有限公司阿克苏分公司等经济补偿金纠纷一案民事判决书(2016年8月29日)。

案件A-23:原告麦合木提·麦麦提与被告新疆新民生劳务派遣有限公司、乌鲁木齐铁路局乌鲁木齐机务段劳动争议一案一审民事判决书(2015年12月20日)。

案件A-24:阿不来力木·牙合甫与新疆守信劳务派遣有限责任公司、乌鲁木齐铁路局、乌鲁木齐铁路局哈密机务段劳动合同纠纷一案民事裁定书(2015年1月28日)。该案件的二审裁定书见案件A-27。

案件A-25:艾海提·图尔迪与巴州天信人力资源服务有限公司劳动合同纠纷一案民事判

书(2014年4月23日)。

案件A-26:吾班·俄汗与国电塔城铁厂沟发电有限公司确认劳动关系纠纷民事二审判决书(2015年1月6日)。

案件A-27:阿不来力木·牙合甫与新疆新民生劳务派遣有限公司、乌鲁木齐铁路局等劳务派遣合同纠纷、劳动争议二审民事裁定书(2015年10月23日)。

案件A-28:买买提·艾力艾山与中国石油天然气股份有限公司新疆和田销售分公司、和田力源劳务派遣有限责任公司劳动争议纠纷二审民事判决书(2015年5月28日)。

案件A-29:西尔艾力·库尔班与新疆才特好人才服务有限公司与新疆新能天宁电工绝缘材料有限公司劳动争议二审民事判决书(2015年6月29日)。

案件A-30:约力瓦斯·吾甫尔与新疆维吾尔自治区文学艺术界联合会、新疆众联劳务派遣有限公司劳动争议二审民事判决书(2015年6月2日)。

案件A-31:肉斯坦木江·买买提与中建西部建设股份有限公司劳动争议二审民事裁定书(2016年3月7日)。

另附:沙湾天山水泥公司与两名汉族工人的案件

案件汉-1:周洪斌与沙湾天山水泥有限责任公司、新疆东硅人才劳务有限责任公司劳动争议纠纷一案民事判决书(2016年1月29日)。

案件汉-2:魏振环与沙湾天山水泥有限责任公司、被告新疆东硅人才劳务有限责任公司劳动争议纠纷一案民事判决书(2016年2月6日)。

附录B:2013年—2016年上海市 涉及劳务派遣的劳动争议抽样案件

下列案件来自中国裁判文书网(<http://wenshu.court.gov.cn>),2016年12月底,笔者先按“劳务派遣”搜索,再按“劳动争议”、“上海市”筛选结果,共得到433起案件。其中,基层法院案件有344起,中级法院案件有89起。前者每15件抽样一件,共22件;后者每10件抽样一件,共8件,总计30件,其中有2起是重复的,实际研究的是28件。案件按讨论先后分类列出,二审案件放在最后,但在本文的“国企、事业单位与其员工”一节中也有讨论。案件标题后所附日期是裁判日期。

案件B-1:刘静与上海市双拥活动中心劳动争议一审民事判决书(2015年9月18日)。

案件B-2:叶韵与上海双拥活动中心劳动争议一审民事判决书(2015年9月18日)。

案件B-3:陆卫华与上海中集冷藏箱有限公司、上海众汇劳动力资源咨询服务有限公司等确认劳动关系纠纷一审民事判决书(2015年6月24日)。

案件B-4:周为国与上海中集冷藏箱有限公司、上海世贤人力资源有限公司确认劳动关系纠纷一审民事判决书(2015年6月24日)。

案件B-5:杨星海与上海嘉顿储运有限公司、上海安捷轿车运输有限公司等劳动争议一审民事判决书(2015年8月24日)。

案件B-6:姚亮与上海安捷轿车运输有限公司、上海市嘉定区职工劳务开发有限公司劳动争议一审民事判决书(2015年8月24日)。

案件B-7:毕玉杰与上海嘉顿储运有限公司、上海安捷轿车运输有限公司等劳动争议一审民事判决书(2015年8月24日)。

案件B-8:张文明与上海安吉汽车运输有限公司、上海联慧人力资源发展有限公司追索劳动

报酬纠纷一事判决书(2015年10月19日)。

案件B-9:戈锋与上海益实多电子商务有限公司、上海辅臣建功人力资源发展有限公司劳务派遣合同纠纷一审民事判决书(2016年2月25日)。

案件B-10:王善争与昌硕科技(上海)有限公司劳动合同纠纷一审民事判决书(2015年2月27日)。

案件B-11:于海龙与中国四达国际经济技术合作有限公司上海分公司、屹立锦纶科技(苏州)有限公司合同纠纷一审民事判决书(2014年7月18日)。

案件B-12:刘建强与上海工蕴人力资源有限公司、上海上勤物业管理有限公司劳动争议一审民事判决书(2015年12月16日)。

案件B-13:王明岗与上海苏通人才服务有限公司、上海德尔福汽车空调系统有限公司劳务派遣合同纠纷一审民事判决书(2015年11月18日)。

案件B-14:季群与上海敏辉劳务派遣有限公司、上海弘安汽车配件厂劳动争议一审民事判决书(2015年1月9日)。

案件B-15:葛登东与上海宝嘉物业管理有限公司劳动争议一审民事判决书(2015年12月10日)。

案件B-16:上海东浩人力资源有限公司与宝力融资租赁有限公司、任春劳动合同纠纷一审民事判决书(2014年8月14日)。(重复)

案件B-17:上海信美实业有限公司诉被告陆某劳动合同纠纷一审判决书(2013年10月22日)。

案件B-18:创和捷商贸(北京)有限公司与中智上海经济技术合作公司、尹冬冬劳务派遣合同纠纷一审民事裁定书(2014年8月11日)。

案件B-19:赵源与行睿网络电视技术有限公

司上海分公司、中智上海经济技术合作公司劳务派遣合同纠纷一审民事裁定书(2016年6月3日)。

案件B-20:力丰机床(上海)有限公司与中智上海经济技术合作公司、鲍琪华劳务派遣合同纠纷一审民事裁定书(2014年2月12日)。

案件B-21:何俊诉上海市双拥活动中心劳动合同纠纷一案二审民事判决书(2015年12月1日)。

案件B-22:梅华忠诉上海双拥活动中心劳动合同纠纷一案二审民事判决书(2015年12月1日)。

案件B-23:周关英诉上海市双拥活动中心劳动合同纠纷一案二审民事判决书(2015年12月1日)。

案件B-24:万强华诉上海市双拥活动中心劳动合同纠纷一案二审民事判决书(2015年12月1日)。

案件B-25:前锦网络信息技术(上海)有限公司诉吴颖韬劳动合同纠纷一案二审民事判决书(2014年6月12日)。

案件B-26:上海神明电机有限公司与周小武工伤待遇等事宜仲裁一审民事裁定书(2015年1月22日)。

案件B-27:郝延红诉陈浩合伙协议纠纷一案二审民事判决书(2014年8月20日)。

案件B-28:何海英诉上海锦山针织厂劳动合同纠纷一案二审民事判决书(2014年12月3日)。

参考文献:

黄宗智,未刊稿a,《中国正义体系三大传统与当前的民法典编纂》。

黄宗智,未刊稿b,《中国的正义体系往哪里去?》。

黄宗智,2017a,《中国的非正规经济再思考:一个来自

社会经济史与法律史的导论》,载《开放时代》第2期,第153—163页。

黄宗智,2017b,《中国的劳务派遣:从诉讼档案出发的研究(之一)》,载《开放时代》第3期,第126—147页。

黄宗智,2016a,《中国古今的民、刑事正义体系——全球视野下的中华法系》,载《法学家》第1期,第1—27页。

黄宗智,2016b,《中国正义体系中的“政”与“法”》,载《开放时代》第6期,第141—159页。

黄宗智,2013,《重新认识中国劳动人民:劳动法规的历史演变与当前的非正规经济》,载《开放时代》第5期,第56—73页。

黄宗智,2010,《中国发展经验的理论与实用含义——非正规经济实践》,载《开放时代》第10期,第134—158页。

黄宗智,2009,《中国被忽视的非正规经济:现实与理论》,载《开放时代》第2期,第51—73页。

全总劳务派遣问题课题组,2012,《当前我国劳务派遣用工现状调查》,载《中国劳动》第5期,第23—25页。

《劳务派遣暂行规定》(自2014年3月1日起施行),2014,人力资源和社会保障部网站,http://www.mohrss.gov.cn/gkml/xxgk/201401/t20140126_123297.htm。

《中华人民共和国劳动法》(自1995年1月1日起施行),1994,中华人民共和国中央人民政府网站,http://www.gov.cn/banshi/2005-05/25/content_905.htm。

《中华人民共和国劳动合同法》(中华人民共和国主席令第65号,自2008年1月1日起施行),2007,中华人民共和国中央人民政府网站,http://www.gov.cn/flfg/2007-06/29/content_669394.htm。

《中华人民共和国劳动合同法(2012修订)》(自2013年3月1日起施行),2012,中国结算网,http://www.chinaclear.cn/zdjs/editor_file/20150408110820354.pdf。

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三)》,2010,中华人民共和国最高人民法院网站,http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-1549.html。

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干

问题的解释(四)》,2013,中华人民共和国最高人民法院网站, <http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-5064.html>。

注释:

- ①在本文中,“上一篇文章”特指黄宗智(2017b)。
- ②《劳动合同法》规定“用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面合同的,应当向劳动者每月支付二倍的工资”,参见《中华人民共和国劳动合同法》(2007:第82条)。
- ③当然,虽说通过劳务派遣公司为中介来聘请员工乃是被私营企业广泛采用的“护身符”,但并不意味着借此可以拖欠或不支付薪酬,因为这方面国家在21世纪之初便已施行了比较严格的政策和法规,来遏制那种一度泛滥的行为。原告王善争是通过上海正航劳务派遣有限公司派遣到昌硕科技(上海)有限公司(以下简称“昌硕公司”)工作的员工,因昌硕公司没有按期全额支付薪酬,原告申请仲裁,要求公司支付3665元工资差额,获准,但其所要求的4800元解除合同经济补偿金则没有获得仲裁委员会支持。原告不服,但法院同样支持第一项,判决驳回第二项(因是原告提出辞职)(案件B-10)。此类案件中的最后一项案件比较特殊:一位高级技术人员于海龙,被中国四达国际经济技术合作有限公司上海分公司派遣至屹立锦纶科技(苏州)有限公司(以下简称“屹立公司”)当销售副经理。约定解除合同要提前90天书面通知并带有“竞业限制”的“保密协议”(即离职一年之内“不得从事与屹立锦纶公司相竞争的业务”)。2014年屹立公司通知原告合同到期终止。原告要求经济补偿金和3个月工资的替代通知金。法院判决,根据最高人民法院的《解释(四)》第6条,有“竞业限制”约定但没有约定经济补偿的合同,应以解除合同前12个月工资的30%按月支付经济补偿金。其他要求被驳回(案件B-11)。
- ④另外还有两起劳务派遣公司与工人之间纠纷的案件。一是阿不来力木·牙合甫诉新疆守信劳务派遣有

限责任公司和乌鲁木齐铁路局关于法院管辖权的案件,其实质意义不明(案件A-24;亦见二审案件A-27)。在最后一项劳务派遣公司与工人的劳动争议中,原告艾海提·图尔迪在2008年被巴州天信人力资源服务有限公司派遣到轮台县邮政局工作。2013年10月被解除合同。原告要求经济补偿金,但邮政局出具意见,说原告“不能准确投递邮件,投递服务态度差,屡遭客户投诉,并经常积压甚至丢失报刊、邮件,经过多次反复批评、教育……仍屡犯未改正”。法院据此驳回原告的要求(案件A-25)。

⑤另一起案件比较特殊。原告季群(女)在2013年2月18日与上海敏辉劳务派遣有限公司(以下简称“敏辉公司”)签订合同,被派遣到上海弘安汽车配件厂从事普工工作。但是,原告处的合同写的期限是至2014年2月17日,敏辉公司处写的则是2014年12月17日。据原告诉称,2014年7月31日敏辉公司辞退了原告,但敏辉公司则辩称是原告辞职。原告提出的要求是敏辉公司支付2014年3月17日至7月31日期间未签订合同的双倍工资21827元,另加解除合同经济补偿金16500元。法院认定,采信原告处的书面合同,判决敏辉公司支付未签订合同期间的工资差额,但同时认为,原告未能提供证据证明被告于7月31日辞退原告,不予采信,因此驳回原告经济补偿金的要求(案件B-14)。

⑥另一起案件比较特殊,涉及一家外企,被派遣员工任春只是在名义上被派遣到一家中国企业工作,实际上是在外企工作,直接由其总裁管理、安排工作。案情主要是关于一家劳务派遣公司试图绕过国家政策——中国的劳务派遣公司不允许派遣员工到外企工作——不在我们讨论的范围(案件B-16)。还有一起也比较特殊,涉及的是两名员工被派遣到尼日利亚负责电器设备,因不愿意继续在该地工作而返回。公司声称对其造成损失而起诉(案件B-17)。最后是三起关于“并案处理”的程序裁定,没有实质内容(案件B-18、B-19、B-20)。

⑦新疆新民生劳务派遣有限公司(和乌鲁木齐铁路局哈密机务段)上诉,申请由乌鲁木齐铁路运输中级法院来受理其案,要求撤销哈密铁路运输法院之前对阿不

来力木·牙合甫诉新民生公司和乌鲁木齐铁路局的裁定,理由是案件应由用人单位和用工单位所在地的基层法院(即乌鲁木齐新市区法院)管辖,但该中级法院裁定,哈密铁路运输法院也有管辖权,驳回上诉(案件A-27;亦见案件A-24)。争议的实质内容不明。

⑧在笔者上一篇文章所使用的案例中,只有一起涉及“连带责任”:是关于一名工伤工人张正才的补偿案件,

法院判决劳务派遣公司承担责任,但特别指明,用工单位要承担“连带责任”(黄宗智,2017b:第133页)。在该起涉及工伤的案件中,法院对用工单位的要求显然要比一般案件严格。

责任编辑:周 慧

天涯
海内存
若比邻
陈村



《天涯》杂志已开通微信公众号(tyzzz01)及微店,关注天涯微信公众号(tyzzz01)后,点击底部菜单栏进入微店购买。亦可到邮局订阅或本刊邮购。邮发代号:84-12,双月刊,18.00元/期,全年6期108元。平邮免收邮费。如需挂号,需加邮费3元/期。邮购地址:海南省海口市国兴大道69号海南广场9号楼6层《天涯》杂志社。邮编:570203 电话:(0898)65360004 65332803

《天涯》2017年第4期目录

<p>天涯·现场 关 军 乡村纪事:稚嫩的硬壳</p> <p>作家立场 “网红现象”讨论小辑 孙佳山 网红的产业脉络和现实困境 教 鹏 数字媒体时代的网红传播逻辑 计文君 网红——内容驱动传播的“魅力格体” 刘亮程 把地上的事往天上聊 陈春生 家在栗子坳</p> <p>品思录 唐克扬 凉薄的异国 蒋方舟 人是这么的悲哀,海是这么的蓝 夏夜清 骆驼与雨季 钱红莉 读诗令人老 潦 寒 《尤利西斯》荒诞的成名史</p> <p>诗歌 21世纪诗歌精选之十九: 于坚·陈年喜·庞培·刘春·向以鲜·蒋蓝·田一坡·叶美·起伦·李昌鹏·罗鹿鸣·雅琴·白木·王彦山·蔡根谈·莫寒·李朴一·樊健军·王学芯·陈少华</p> <p>小说 冯唐小说专辑 五十一个强光点</p>	<p>黄昏料理人 岛屿写作专辑 符浩勇 棋逢对手(外一篇) 李焕才 我是老鼠 吉君臣 硝烟中飞过一只灰鸽 陈位洲 书雅楼 张浩文 岛屿写作的可能性(评论)</p> <p>散文 人物素描散文小辑 易清华 阳光照小屋 赵钧海 垫底 陈占敏 死亡讯息</p> <p>民间语文 陈晓凤 小村纪事(1974—1975) 黄加震 班主任日记(1963—1965) 张 凯 美国生子记(2013) “学徒合同”与“师徒合同”(1959)</p> <p>艺术 刘 斐 冷眼向洋:中国独立纪录片观察 李兆忠 吴冠中的两条腿</p> <p>环球笔记 环球笔记5则</p>
--	--